DER RICHTER IM BERNISCHEN RECHT

Rektoratsrede

gehalten an der 99. Stiftungsfeier der Universität Bern
in der Heiliggeistkirche am 18. November 1933

von

PHILIPP THORMANN
Dr. jur., Professor der Rechte

PAUL HAUPT BERN
Akademische Buchhandlung vormals Max Drechsel
1934

DER RICHTER IM BERNISCHEN RECHT

Rektoratsrede

gehalten an der 99. Stiftungsfeier der Universität Bern
in der Heiliggeistkirche am 18. November 1933

von

PHILIPP THORMANN
Dr. jur., Professor der Rechte

PAUL HAUPT BERN
Akademische Buchhandlung vormals Max Drechsel
1 9 3 4

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Die Tatsache, dass wir heute die 99. Stiftungsfeier unserer Universität abhalten, gibt dieser Veranstaltung ihren besonderen Charakter. Nicht, dass wir heute das vorausnehmen wollten, was an der Jahrhundertfeier im Juni des nächsten Jahres gesagt werden soll, aber zur Beurteilung eines Zeitabschnittes wäre schon der Beginn des letzten Jahres geeignet. Wie es dem einzelnen Menschen nicht schadet, wenn er von Zeit zu Zeit Einkehr hält, eine Selbstprüfung vornimmt, um zu sehen, wie er sich während einer gewissen Zeit entwickelt hat, so kann eine ähnliche Betrachtung auch bei einer hohen Schule, die zugleich Lehr- und Forschungsanstalt ist, am Platze sein. Aber bei uns, der Universität, stellt sich sofort eine grosse Schwierigkeit ein: Kaum jemand ist imstande, diesen Werdegang beherrschend zu überblicken, und erschöpfend darzustellen; die Universität ist keine absolute Einheit mehr infolge der Teilung in Fakultäten und der weitgehenden Spezialisierung der wissenschaftlichen Forschung auf sämtlichen Gebieten. Faesi in seinem geistreichen Aufsatz „Ueber eine schweizerische Akademie" hat hiefür einen hübschen Ausdruck gefunden: „Von einem bis zum andern Ende dieser Burg der Wissenschaften ist ein so weiter Weg, dass man vergessen könnte, noch in ein und derselben Burg zu wandern." Eine geschichtliche Darstellung der Entwicklung unserer Universität wird uns nächstes Jahr unser Historiker, Prof. Dr. Richard Feller, geben, wir erwarten sie mit grossem Interesse und berechtigten Erwartungen; dankbar sei hier auch das letztes Jahr erschienene Werk von Hugo Marti „Die Universität Bern" erwähnt, das als Werbeschrift gedacht, uns einen guten Ueberblick über Werdegang und derzeitigen Stand der Hochschule gibt.

Ich will daher heute nichts derartiges versuchen, auch nicht auf dem mir naheliegenden Gebiet der Rechtswissenschaft. Es wäre zwar interessant zu verfolgen, welchen Einfluss die Existenz einer juristischen Fakultät in Bern auf das Rechtsleben des Kantons Bern, die Gesetzgebung und die Rechtsprechung in den

letzten hundert Jahren gehabt hat. Man müsste hier freilich auf die alte Akademie zurückgreifen, an welcher Samuel Schnell wirkte, als er das Zivilprozessgesetz von 1821 und nachher das klug gedachte bernische Zivilgesetzbuch verfasste, das seinen Nachfolgern, Jakob Leuenberger und Karl Gustav König, Gelegenheit zu wissenschaftlicher Durchdringung bot. Auf die ganze Schweiz erstreckte sich der Einfluss eines Munzinger, als er den Entwurf des seinerzeit mustergültigen schweizerischen Obligationenrechtes ausarbeitete und des uns noch so nahe stehenden Eugen Huber, dessen 32jährige Wirksamkeit in Bern sowohl die Zeit der Schaffung der Entwürfe eines schweizerischen Zivilgesetzbuches wie deren Beratung in Kommissionen und Räten und das Inkrafttreten dieses Gesetzes umfasst. Bei diesem Anlass seien auch Virgile Rossel und Max Gmür als Mitarbeiter bei dieser grossen Rechtsschöpfung erwähnt. Ein Berner, Carl Stooss, war es, der während seines Wirkens an unserer Fakultät die ersten Entwürfe eines schweizerischen Strafgesetzbuches verfasste, bevor sein Name in Wien einen europäischen Klang annahm. Den energischen Vorarbeiten Alexander Reichels ist es vor allem zu verdanken, dass die Zivilprozessgesetzgebung aus ihrem alten Geleise herausgebracht und den Bedürfnissen der neuen Zeit entsprechend geordnet wurde. Wenn ich hier nur diese Namen akademischer Lehrer nenne, so soll damit in keiner Weise der hervorragende Anteil, den zu allen Zeiten in Bern die Praktiker des Rechts am Ausbau der Gesetzgebung genommen haben, herabgesetzt werden, im Gegenteil, man braucht ja nur unsere bernische Justizreform von 1909 (Gerichtsorganisation und Verwaltungsrechtspflege) bis 1930 (Jugendrechtspflege) mit den wichtigen Zwischenstadien 1918 (Zivilprozess) und 1928 (Strafverfahren) zu verfolgen, um festzustellen, welcher Einfluss den Praktikern des Rechtes, bei uns den Richtern und Anwälten und in ganz besonderer Weise den Vorstehern der bernischen Justizdirektion zukommt. Ich nenne absichtlich keine Namen, zunächst um niemanden zu übergehen und sodann weil die meisten von ihnen noch heute unter uns leben und wirken.

Es besteht aber kein Zweifel, dass unsere Gesetzgebung wesentliche Fortschritte aufwies, seit die Jurisprudenz an der hohen Schule in Bern, der reformierten Akademie seit 1805 und der Universität seit 1834 als Wissenschaft gepflegt wurde.

Als die neue Hochschule im Jahre 1834 ins Leben trat, fand

sie bereits eine vollständige Zivilgesetzgebung vor, die von der Restaurationsregierung in drei Teilen promulgiert worden war: das Personenrecht mit Einschluss des Familienrechtes im Jahre 1824, das Sachen- und Erbrecht im Jahre 1827 und das Obligationenrecht im Jahre 1830. Freilich war durch diese verdienstvolle Gesetzgebung noch nicht die Rechtsgleichheit im ganzen Kanton durchgeführt, da einzig die Vormundschaftsordnung auch im neuen Kantonsteil „den leberbergischen Oberämtern", wie damals der offizielle Amtsstil den Jura bezeichnete, eingeführt wurde,[1]) während einzelne Teile des französischen Code civil bis zum Inkrafttreten des schweizerischen Zivilgesetzbuches weiter im Jura in Geltung blieben. Dies löste auch für die Universität eine Rückwirkung aus, indem an der juristischen Fakultät ein besonderer Lehrstuhl für französisches Zivilrecht errichtet wurde, der zeitweise von hervorragenden französischen Gelehrten eingenommen wurde. Zuletzt hatte diesen Lehrstuhl der noch unvergessene Virgile Rossel inne. Seit Inkrafttreten des schweizerischen Zivilrechtes wurde der Lehrstuhl in eine Professur für schweizerisches Privatrecht in französischer Sprache umgewandelt.

Der ebenfalls von Samuel Schnell verfasste Zivilprozess von 1821 wurde dagegen gemäss der Promulgationsverordnung von Schultheiss, Klein und Grossen Räthen der Stadt und Republik Bern vom 26. März 1821 auf den 1. April 1823 für den ganzen Kanton eingeführt. Unverkennbar war in diesem Gesetz der Einfluss der gemeinrechtlichen Prozesstheorie, über die Samuel Schnell schon im Jahre 1810 ein „Handbuch des Zivilprozesses mit besonderer Hinsicht auf die positiven Gesetze des Kantons Bern" veröffentlicht hatte. Dieser Einfluss hat das bernische Zivilprozessrecht trotz der Gesetzesrevisionen von 1847 und 1883 bis 1918, also während eines Jahrhunderts, beherrscht und auf die Prozessführung nach verschiedenen Richtungen nicht günstig gewirkt, es wurden ihr namentlich ein schleppender Gang und spitzfindige Formalistik vorgeworfen.[2])

Weniger ausgebildet war im Jahre 1834 der Zustand der Gesetzgebung über die Strafrechtspflege.[3]) Mehrfache Versuche der Mediations- wie der Restaurationsregierung, ein vollständiges, peinliches Gesetzbuch zu erlassen, waren gescheitert;[4]) so dass neben den Bestimmungen der Gerichtssatzung von 1762, die nur die Frevel, den Totschlag und die Wundtaten (Misshandlungen)

betrafen, das helvetische peinliche Gesetzbuch von 1799 subsidiär in Kraft blieb und erst durch das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch auf den 1. Januar 1867 aufgehoben wurde. Ausserdem galten noch einige Spezialgesetze, von denen das Gesetz vom 18. Februar 1823 über Kindsmord, Abtreibung der Leibesfrucht und die Aussetzung unbehilflicher Kinder und ein Gesetz über Aufruhr und Hochverrat vom 7. Juli 1832 die bedeutendsten waren. Die Kodifikationsarbeiten wurden während der politisch bewegten 30 er, 40 er und 50 er Jahre mühsam weitergeführt und gelangten erst im Jahre 1866 zum Abschluss.[5])

Das Strafprozessrecht war ebenfalls unvollständig und unzusammenhängend geordnet in der Gerichtssatzung, einigen Organisationsgesetzen, die zum Teil als Ausführung der neuen Verfassung von 1831 erlassen worden waren, einer Instruktion von 1803 über das Verfahren in Strafsachen und anderen Spezialerlassen, ein Zustand, der erst am 1. Januar 1851 durch das Inkrafttreten des Gesetzbuches über das Verfahren in Strafsachen sein Ende fand, welch letzteres mit einigen Abänderungen bis zum 1. Oktober 1928 galt. Es ist eine interessante Feststellung, dass die kantonale bernische Gesetzgebung bei den Kodifikationsarbeiten jeweils zeitlich das formale Recht vor dem materiellen ordnete: so ging der Zivilprozess von 1821 dem Zivilgesetzbuch von 1823—1830 voraus, wie das Strafverfahren von 1850 dem Strafgesetz von 1866; während die schweizerische Eidgenossenschaft mit der Vereinheitlichung des materiellen Rechtes auf Grund von Art. 64 und 64 bis der Bundesverfassung begonnen hat und sie bis jetzt auf dem Gebiete des Privatrechts durchgeführt hat.

In der Gerichtsorganisation hatte die Verfassung vom 6. Juli 1831 einige wesentliche Neuerungen eingeführt. An die Stelle des Appellationsgerichtes der Mediations- und Restaurationszeit trat ein vom Grossen Rate gewähltes Obergericht, bestehend aus einem Präsidenten, zehn Mitgliedern und vier Suppleanten. Die Wählbarkeit in dieses Kollegium setzte voraus: das Stimmrecht, das Alter von 29 Jahren, Rechtskunde und die Kenntnis der beiden Landessprachen. Ausserdem musste ein Mitglied Grundeigentum oder ein auf Grundeigentum versichertes Kapital von wenigstens 5000 Schweizerfranken besitzen. Neu war die Beschränkung der Amtsdauer, die freilich für das Obergericht auf die relativ lange Zeit von 15 Jahren angesetzt wurde, während sie für den Re-

gierungsrat sechs Jahre betrug (Art. 35, 59 und 73 der Verfassung).

Auch der Oberamtmann verschwand, der administrative und richterliche Funktionen vereinigt hatte. Er wurde als Verwaltungsbeamter in den Amtsbezirken ersetzt durch den vom Regierungsrat und Sechszehnern, einem Ausschuss des Grossen Rates (Art. 69 Verfassung), gewählten Regierungsstatthalter, und seine richterlichen Funktionen gingen als Folge der Anerkennung der Gewaltentrennung über an den Präsidenten des Amtsgerichtes, der von der gleichen Wahlbehörde auf Doppelvorschlag der Wahlversammlung des betreffenden Amtsbezirkes, der durch das Obergericht durch Nennung zweier weiterer Kandidaten vermehrt werden konnte, gewählt wurde. Erforderlich waren zur Bekleidung dieser Richterstelle das Stimmrecht, das Alter von 29 Jahren, sowie Rechtskunde. Das Amtsgericht setzte sich ausserdem aus vier Amtsrichtern und zwei Ersatzmännern zusammen, von denen diese Rechtskunde nicht ausdrücklich verlangt wurde.

Dem Gesetze blieb vorbehalten, für das ganze Gebiet der Republik peinliche Gerichte aufzustellen, welche alle Verbrechen erstinstanzlich beurteilen sollten. Organisation und Geschäftsgang derselben sollten durch das Gesetz bestimmt werden. Die Regenerationsperiode von 1831—1846 hat dieses Gesetz jedoch nicht erlassen.

Damit waren schon in der Verfassung die Fragen über die Besetzung der Gerichte entschieden: Für die wichtigen Stellen der Oberrichter und Gerichtspräsidenten, d. h. der ständig amtierenden Richter war Rechtskunde verlangt. Diese Rechtskunde setzte aber nicht ein bestimmtes Rechtsstudium oder die Ablegung gewisser Prüfungen voraus, sondern konnte auch im Justizdienst selbst erworben werden, doch wurde es je länger je mehr zur Gewohnheit, bei solchen Wahlen die Inhaber bernischer Fürsprecher- oder Notariatspatente zu berücksichtigen. Erst die Partialrevision der Verfassung von 1907 ersetzte das Erfordernis der Rechtskunde durch den Besitz eines bernischen Fürsprecher- oder Notariatspatentes (Art. 59), wodurch auch alle übrigen Ausweise wie akademische Grade oder solche ausserkantonaler Herkunft als ungenügend bezeichnet wurden. Der Besitz eines solchen bernischen Patentes begründet somit eine unwiderlegliche Präsumption für die für das Richteramt erforderliche Rechtskunde.

Für die Mitglieder der Amtsgerichte wurde jedoch in hergebrachter Weise diese Voraussetzung nicht verlangt, so dass hier wie früher Angehörige aller möglichen Berufsstände wählbar blieben. Die Amtsrichter und Amtsgerichtssuppleanten wurden durch die Wahlversammlungen der Gerichtsbezirke ernannt und bildeten das volkstümliche Element in der Justiz, damit an die früheren Epochen und das Schöffengericht germanischen Ursprungs erinnernd (Art. 82 und 84 Verfassung). Die Wahldauer betrug sechs Jahre mit Wiederwählbarkeit. In der Hauptsache ist diese Ordnung der Amtsgerichte durch alle Verfassungsrevisionen von 1846, 1893 und 1907 die gleiche geblieben. Ein neues Element kam in der Strafrechtspflege erst durch die Einführung der Geschworenengerichte nach französischem Vorbilde, die von 1852 bis 1928 funktionierten, in die Gerichtsorganisation hinein. Die neueste Zeit hat hier eine Neuordnung eintreten lassen.

Später hat die Organisation des Handelsgerichtes im Gerichtsorganisationsgesetz vom 31. Januar 1909 einen weiteren Gedanken verwirklicht, die Bildung eines Kollegialgerichtes aus juristischen und kaufmännischen Mitgliedern und damit den Sachverständigen neben den Juristen mit gleichen richterlichen Befugnissen ins Gericht hinein versetzt. Man hätte diesen Gedanken auch bei der neuesten Ordnung der Jugendrechtspflege durchführen können, was vom grundsätzlichen Standpunkte aus wohl zu begrüssen gewesen wäre, aus Gründen der Gesetzgebungspolitik aber, weil eine Verfassungsänderung voraussetzend, unterlassen wurde. Endlich finden wir die Vertretung nach Berufsständen in den 1894 eingeführten Gewerbegerichten, welche Streitigkeiten aus Lehr-, Dienst- und Werkverträgen im Fabrik- und Handwerksbetrieb entscheiden sollten.

Der Kanton Bern hat daher so ziemlich alle Systeme der Besetzung der Gerichte verwirklicht; er besitzt juristisch ausgebildete Richterbeamte, solche ohne besondere juristische Ausbildung (Volksrichter), Geschworene, sachverständige Richter, Standesgerichte. Dabei ist noch nicht erwähnt das 1909 geschaffene Verwaltungsgericht, das in seiner Mehrheit aus Juristen mit bernischem Fürsprecher- oder Notariatspatent besteht, während für die Minderheit der Besitz des Stimmrechtes als Schweizerbürger, das 25. Altersjahr und die Kenntnis beider Landessprachen genügen.[6])

Dieser Zustand reizt zu einer nähern Untersuchung der Frage

nach der besten Besetzung der Gerichte. Auf den ersten Blick scheint die Antwort eine sehr einfache zu sein:

Der Richter muss diejenigen Eigenschaften besitzen, die ihn befähigen, seine Aufgabe zu erfüllen. Besteht diese Aufgabe in der Entscheidung von Rechtsfragen, so muss er rechtskundig sein, ja, es ist von Vorteil, wenn er sich auch für die Rechtsfragen weitergehend spezialisiert und ausgebildet hat, so für Zivilrecht, Strafrecht oder Verwaltungsrecht oder noch mehr ins einzelne gehend für Obligationenrecht, Haftpflichtrecht, Steuerrecht usw.

Nun gibt es keinen Rechtsstreit, in dem nicht eine Rechtsfrage zu lösen wäre. Diese kann leicht oder schwer zu lösen sein, je nach dem Stande der Gesetzgebung. Doch ist die Sache nicht so einfach wie noch Montesquieu anzunehmen scheint, der es als Kennzeichen einer Republik hinstellt, dass der Richter den Buchstaben des Gesetzes anzuwenden habe, während er in Monarchien nach dem Sinn des vielleicht nicht immer genauen Gesetzes zu forschen hat.[7]) Heute müssen wir auf den berühmten Art. 1 unseres Zivilgesetzbuches verweisen, der den Richter unter Umständen zum Gesetzgeber macht, ihm dabei aber die Befolgung bewährter Lehre und Ueberlieferung zur Pflicht macht.[8]) Doch soll damit nicht gesagt werden, dass die Lösung der Rechtsfrage immer schwierig oder immer die schwierigste der zu entscheidenden Fragen darstellt. Die Beweisfrage z. B. kann im einzelnen Fall viel schwieriger sein als die Anwendung des Rechtes auf den gegebenen Tatbestand. Früher wollte der Gesetzgeber dem Richter auch bei der Bildung seiner Ueberzeugung über den Tatbestand zu Hilfe kommen und stellte genau fest, wann eine Tatsache als bewiesen anzunehmen sei, es wurden z. B. zwei Zeugen mit bestimmten Eigenschaften verlangt.[9]) Die Beweiswürdigung war also ebenfalls eine von juristischen Regeln wesentlich beeinflusste richterliche Tätigkeit. Die Einführung der freien Beweiswürdigung hat den Richter von diesen besonderen Fesseln befreit, was für den Zivilrichter durch das Zivilprozessgesetz von 1847 (§ 171) erfolgte, für den Strafrichter, abgesehen vom Geschworenen, aber erst durch das neue Strafverfahren von 1928 (Art. 254). Zur richtigen Beweiswürdigung sind Lebenserfahrung, gesunder Menschenverstand und Vernunft erforderlich, die der Nichtjurist in gleicher Weise besitzen kann wie der Jurist. Namentlich die Kenntnis gewisser Lebensverhältnisse und Volksgewohnheiten, der Denkweise

bestimmter Volksschichten, das Verständnis für die Volkssprache, die bei uns glücklicherweise in höherem Masse Gemeingut ist als in vielen andern Ländern, in denen die von den Gelehrten gebrauchte Sprache von der Volkssprache abweicht, sind oft sehr wichtig für die richtige Erkenntnis des Tatbestandes; z. B. ob ein gefallener Ausdruck als Zustimmung, juristisch als Vertragsabschluss, zu werten ist, hängt nicht nur von einer grammatikalischen Auslegung der Aeusserung ab. Der Volksrichter ist hier oft der Sachverständige im Gericht, der den Juristen die richtige Tatsachenfestlegung erleichtert oder sogar ermöglicht und im letztern Fall die Zuziehung eines Sachverständigen im Beweisverfahren als überflüssig erscheinen lässt. Birkmeyer[10]) hält dafür, dass der Laie in der Feststellung des Tatbestandes dem Berufsrichter sogar bedeutend überlegen sei, weil er der Gefahr der Routine entgeht und jedem Fall ein frisches, neues Interesse entgegenbringt. Demgegenüber dürfte aber die forensische Erfahrung des Berufsrichters, die dem einmalig amtierenden Laienrichter gewöhnlich abgeht, geltend gemacht werden.

Ich will versuchen, diesen Gedanken für die Zivil- und Strafgerichtsbarkeit weiter zu verfolgen. In der Zivilgerichtsbarkeit spielt sich das ganze menschliche Leben vor dem Richter ab, da der Mensch von seiner Geburt bis zu seinem Tode in seiner Lebenstätigkeit vom Privatrecht beherrscht wird. Schon die Bezeichnung der einzelnen Rechtsmaterien lässt dies erkennen: das Personenrecht beschäftigt sich mit der Einzelperson und ihren Eigenschaften: Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit, Heimat, Wohnsitz, Namen, Anfang und Ende der Persönlichkeit usw.; das Familienrecht enthält die Grundsätze über die Ehe und ihre Wirkungen, das eheliche und uneheliche Kindesverhältnis und die Vormundschaft; das Erbrecht ordnet das Schicksal der Vermögensrechte nach dem Tode eines Menschen; das Sachenrecht regelt die Eigentums- und Besitzesverhältnisse, die Dienstbarkeiten, Grundlasten und Pfandrechte, endlich umfasst das Obligationenrecht die Schuldverhältnisse zwischen den einzelnen Personen, hauptsächlich das Vertragsrecht.

Hier kommen dem Volksrichter viele Fragen aus dem Familienrecht menschlich viel näher als dem Berufsrichter, er versteht sie auch besser, als formal-juristische Fragen aus dem Sachen- oder Obligationenrecht. Das jus aequum steht ihm näher

als das jus strictum. Der Maßstab des Angemessenen ist für ihn leichter zu handhaben als derjenige des strengen Rechtes,[11]) und doch ist die Gefahr der Willkür hier grösser, und leicht verwechselt der noch ungeschulte Richter das freie richterliche Ermessen, das ihm der Gesetzgeber zubilligt, mit vollständiger Entscheidungsfreiheit, die Willkür und das Gegenteil von Rechtsanwendung wäre.[12]) Hier muss es gegebenenfalls Aufgabe des juristisch gebildeten Richters sein, den Gefahren, die das Billigkeitsrecht für die Rechtssicherheit der Rechtsgenossen nach sich ziehen könnte, entgegenzutreten, und auch bei freiem Ermessen auf Befolgung einer gewissen ständigen Praxis zu dringen. Hat schon die neue Gesetzgebung die Freiheit des Richters auf verschiedenen Gebieten, namentlich im Zivilrecht, aber auch im Strafrecht (man denke an den bedingten Straferlass und die weitgehende Wahl der Massnahmen in der Jugendrechtspflege) sehr erweitert, so muss um so mehr dem Richter die strenge Beobachtung der noch bestehenden zwingenden Rechtssätze zur Pflicht gemacht und sodann eine massvolle und die früheren Fälle berücksichtigende Anwendung des freien Ermessens angeraten werden, wenn nicht die Rechtssicherheit weiter Kreise gefährdet und die Autorität der Justiz Schaden leiden soll.

Man vergleiche mit dem Gesagten die Verteilung der Zivilstreitigkeiten an die verschiedenen Gerichte nach dem Gesichtspunkt der sachlichen Zuständigkeit. Die Fälle, in denen scharfes juristisches Denken unerlässlich ist und die rasch im summarischen Verfahren entschieden werden müssen, sind dem juristisch gebildeten Einzelrichter zugewiesen (Art. 2 und 3 EG zum ZGB, Art. 2 ZPO), während dem Amtsgericht Fälle des Personen- und Familienrechtes überlassen sind, z. B. die Ungültigerklärung der Ehe, Ehescheidung, Ehelichkeit des Kindes, Vaterschaftsklagen, Ansprüche aus Verlöbnisbruch, Entmündigungen. (Art. 4 EG zum ZGB, Art. 3 ZPO). Man wird dem bernischen Gesetzgeber das Lob nicht vorenthalten dürfen, diese Fragen mit klugem Verständnis geordnet zu haben. Das Amtsgericht hat sich seit 1803 stets als lebensfähig und im Rechtsbewusstsein des Volkes verankert erwiesen. Alle Versuche, es durch ein reines Beamtengericht zu ersetzen, sind gescheitert.[13]) Die Beibehaltung der Amtsgerichte als Zivilgerichte wurde daher in den 1905 beginnenden Vorarbeiten für die Revision der Gerichtsorganisations- und Pro-

zessgesetze von vorneherein in Aussicht genommen und verständnisvoll durchgeführt und damit den Gerichtsbehörden ein Element gesichert, das ihre Beziehungen zum Volk erleichtert. Unter guter fachmännischer Leitung eines tüchtigen Präsidenten sind gerade diese auf längere Zeit gewählten und praktisch mit dem Richteramt vertrauten Amtsrichter kraft ihrer Kenntnis der Lebensverhältnisse und der Bedürfnisse des Volkes sehr willkommene Mitarbeiter der Justiz.[14]) Die nahen Beziehungen der Amtsrichter und Amtsgerichtssuppleanten zu den Gemeinden und einzelnen Bevölkerungskreisen sind vielleicht mit ein Grund, weshalb die aus anderen Gründen wünschbare Zusammenlegung der Amtsbezirke zu grösseren Gerichtskreisen nicht durchgeführt werden konnte; stammt doch die bestehende Einteilung des Kantons in 30 Amtsbezirke aus einer Zeit, deren Verkehrsverhältnisse von den heutigen recht verschieden waren.

Für die ordentlichen Zivilgerichte des Kantons sind somit im grossen und ganzen seit hundert Jahren an der Art der Besetzung keine wesentlichen Veränderungen vorgenommen worden, wobei wir die Institution der 1907 aufgehobenen Friedensrichterämter nicht weiter berücksichtigen. Die Gerichtspräsidenten und Oberrichter sind juristisch gebildete Beamtenrichter, die ihre ganze Zeit dem Richteramt widmen.[15]) In den Amtsgerichten stehen dem Gerichtspräsidenten Männer aus dem Volke als ständige Mitarbeiter zur Seite, die unter der fachmännischen Leitung ihres Vorsitzenden ihre Lebenserfahrung und ihre Sachkenntnisse in massgebender Weise geltend machen können.

Mit der Schaffung der Gewerbegerichte wurde 1894 der Versuch gemacht, Streitigkeiten aus bestimmten gewerblichen Verhältnissen durch Spezialgerichte unter juristischer Leitung mit Heranziehung der Berufsstände entscheiden zu lassen, ein Versuch, der wie aus den Revisionen von 1910 und 1924 zu schliessen ist, in der Hauptsache als gelungen zu bezeichnen ist. Es würde aber zu weit führen, diese Bewegung hier weiter zu verfolgen.

Dagegen ist der Einsetzung des kantonalen Handelsgerichtes im Jahre 1909 grössere Beachtung zu schenken. Das Handelsgericht verdankt seine Errichtung dem Wunsche der Handelskreise nach rascherer Justiz und Beteiligung kaufmännisch gebildeter Richter an der Urteilsfällung. Es besteht aus 3 Mitgliedern des Obergerichtes, 42 kaufmännischen Mitgliedern aus dem deutschen

und 18 kaufmännischen Mitgliedern aus dem französischen Kantonsteil und urteilt als Fünferkollegium mit 2 juristischen Mitgliedern und 3 Handelsrichtern.[16]) Diesem Gericht wurden als einziger kantonaler Instanz übertragen alle handelsrechtlichen Streitigkeiten aus Obligationenrecht und Mobiliarsachenrecht, sofern der Wert die endliche Kompetenz der Amtsgerichte übersteigt, ferner alle zivilrechtlichen Streitigkeiten aus Bundesgesetzen oder Staatsverträgen über den Erfindungsschutz. Hier ist ein neuer Gedanke verwirklicht worden, die Einbeziehung der Sachverständigen in das Gerichtskollegium mit gleichen Rechten wie die ständigen juristischen Beamtenrichter. Es soll dieses System die Ernennung besonderer Sachverständiger zur Erklärung von Handelsusanzen und ähnlicher Fragen, die dem Juristen nicht ohne weiteres bekannt sein müssen, unnötig machen. Diese Organisation hat sich praktisch bewährt, auch wurde der nach neuen Prozessgrundsätzen geordnete Handelgerichtsprozess massgebend für die 1918 durchgeführte Zivilprozessrevision, deren Bedeutung schon früher erwähnt wurde. Der erste Vorsitzende des Handelsgerichtes war der damalige Oberrichter, jetzige Regierungsrat Dr. Leo Merz, dem ein grosses persönliches Verdienst am günstigen Resultat dieser Neuerung zuzuschreiben ist.

Als Kuriosität sei endlich auch erwähnt, dass in den Jahren 1857 und 1858 im Grossen Rat über die Einführung von Zivilgeschworenengerichten diskutiert wurde, die aus 2 Juristen und 5 Geschworenen bestehen und über alle Streitigkeiten im Werte von über 250 Franken endlich urteilen sollten. Dabei sollten sie „nach der Untersuchungsmaxime des Strafverfahrens" und nicht nach der Verhandlungsmaxime des Zivilprozesses vorgehen. Auf Antrag des Regierungsrates wurde aber beschlossen, die Geschworenen für Streitigkeiten in Zivilsachen nicht einzuführen. Aus der in der Sitzung vom 10. April 1858 gegebenen Begründung des Regierungsrates gebe ich nur folgenden Satz wieder: „Sowie man zur Entscheidung von Streitigkeiten in bürgerlichen Rechtssachen bestimmter Normen bedarf, ebenso bedarf man rechtskundiger mit diesen Normen vertrauter Männer."[17])

Wenden wir uns nun der Strafrechtspflege zu. Nach der Verfassung von 1831 wurde die Strafjustiz durch die gleichen Gerichte ausgeübt wie die Ziviljustiz, also durch die Amtsgerichte und die Gerichtspräsidenten in erster Instanz und das Obergericht

in zweiter Instanz. Die in Art. 80 der Verfassung vorgesehenen peinlichen Gerichte zur erstinstanzlichen Beurteilung der schweren Verbrechen wurden nie eingeführt, aber bald kündigte sich ein neues Problem an, der Wunsch nach Einführung von Geschworenengerichten nach französischem Vorbild, wie er damals in ganz Europa als Programmpunkt der liberalen Parteien geltend gemacht wurde. Zwar sprach sich noch 1838 der Grosse Rat gegen die Jury aus. Dagegen brachte 8 Jahre später die Verfassungsrevision von 1846 in Art. 63 die Geschworenengerichte für Kriminal-, politische und Pressvergehen, wobei ausdrücklich vorgesehen war, dass das Gesetz diesen Gerichten noch andere Teile der Strafrechtspflege übertragen konnte. Die Gerichtsorganisation von 1847 und das Strafverfahren von 1850 führten den Gedanken der Verfassung in die Gesetzgebung ein, dagegen wurde von der Befugnis, die sachliche Zuständigkeit der Geschworenengerichte zu erweitern, etwa auf Vergehen, kein Gebrauch gemacht.[18]) Im Gegenteil zeigte sich sehr bald die Neigung, die Kompetenz der Assisen einzuschränken, was namentlich im Jahre 1880 in verschiedener Weise durchgeführt wurde (Gesetz vom 2. Mai 1880), so namentlich durch Herabsetzung von Strafandrohungen im Strafgesetz, sodann durch die Ausschaltung der Jury, wenn der Angeklagte ein glaubwürdiges Geständnis abgelegt hatte und endlich durch eine Abänderung der Ueberweisungsbestimmungen. Der Enthusiasmus, mit dem seinerzeit die Einführung dieser demokratischen Gerichtsinstitution verlangt wurde, wich gar bald, als man das Gericht an der Arbeit sah, einer nüchternen Beurteilung, nicht bloss bei den Juristen, sondern auch in weiten Kreisen des Volkes. Interessant ist in dieser Beziehung namentlich auch die Meinungsäusserung des damaligen Obergerichtspräsidenten Rudolf Leuenberger am schweizerischen Juristentag in Zug 1881, der anerkannte, dass sich die ursprüngliche Begeisterung für die Jury etwas abgeschwächt habe und dass sie im Kanton Bern als politisch-demokratisches Institut durch die Verfassung von 1846 eingeführt worden sei. Ein Grund, der in Monarchien namentlich für das Schwurgericht, vielleicht mit einigem Recht, geltend gemacht werden konnte, die Abhängigkeit der ständigen Gerichte von der Regierung, so dass das Geschworenengericht als Hort und Schutz der persönlichen Freiheit gegen Tyrannenmacht gewertet werden konnte, hatte in unserem

Lande wohl kaum Berechtigung, da gerade in den Amtsgerichten vom Volk gewählte Volksrichter sassen. Einen Schutz gegen allzu strenge Handhabung der Strafgesetze durch Berufsrichter sollte das Geschworenengericht deshalb nicht gewähren, weil der Jury keine direkte Mitsprache über das Strafmass gegeben war; diesen Einfluss hat sie sich dann allerdings bald auf indirekte, vom Gesetz nicht gewollte Weise verschafft. So bleibt als einziges dauerndes Verdienst der Schwurgerichte die Einführung der freien Beweiswürdigung, die unlöslich mit diesem Institut verbunden war. Es wäre von vornherein undenkbar gewesen, von den Geschworenen die Beachtung gesetzlicher Beweisregeln zu verlangen, während man sich merkwürdigerweise aus Furcht vor Fehlurteilen und im Interesse des Angeschuldigten noch nicht dazu entschliessen konnte, die Berufsrichter in Strafsachen von den Fesseln der Beweistheorie zu befreien. Es soll aber hier nicht das Schwurgerichtsproblem als solches zur Darstellung gebracht werden, das in allen Ländern Europas eine umfangreiche Literatur gezeitigt hat.[19]) Ich stelle nur folgendes fest: Zweifellos ist der welterfahrene, kluge Geschworene durchaus imstande, sich eine Meinung darüber zu bilden, was als Beweisresultat einer Verhandlung anzunehmen ist. Er könnte dies um so besser, je mehr Gelegenheit ihm dazu geboten würde. Aber gerade hier setzt sich das gesetzliche System in entgegengesetztem Sinne ein: die Zahl der in Betracht fallenden Geschworenen und das ganze Auslosungs- und Ablehnungssystem sorgen dafür, dass ein Geschworener nur zufällig und selten in die Lage kommt, die in einer Session erworbenen Erfahrungen auch später zu verwerten, ganz im Gegensatz zum Amtsrichter, der in der Regel jahrelang im Amte steht. Die erwähnten Umstände garantieren umgekehrt in keiner Weise, dass nur kluge und lebenserfahrene Geschworene die Plätze auf der Bank einnehmen, ja das unkontrollierte Ablehnungsrecht der Parteien unterstützt oder ermöglicht wenigstens die entgegengesetzte Tendenz (Art. 386 Strafverfahren 1854). Eine gewisse Auslese der zu diesen Funktionen tauglichen Personen sollte bei uns, im Gegensatz zu andern Ländern, durch die Volkswahl getroffen werden,[20]) diese an sich richtige Tendenz wirkt sich aber bei der grossen Zahl der zu wählenden Geschworenen nicht genügend aus, und übrigens ist bekannt, wie wenig sich die Stimmberechtigten für diese Wahlen interessieren, falls dies nicht etwa aus poli-

tischen Gründen geschieht. Der grösste und grundlegende Fehler des Systems lag aber in der absoluten Geltung des Verdiktes, das keinerlei Anfechtung unterlag.[21]) Sogar in England, dem Mutterlande der Schwurgerichte, ist im Jahre 1907 durch den Criminal Appeal Act die Möglichkeit geschaffen worden, Urteil und Verdikt wegen Unvernünftigkeit des Verdiktes aufzuheben.[22]) Aus dieser Unanfechtbarkeit heraus ist der weitverbreitete Glaube entstanden, dass die Geschworenen bei der Abgabe des Verdiktes vollständig frei und auch dem Gesetz nicht unterstellt seien, so dass sie z. B. befugt seien, eine Schuldfrage zu verneinen, wenn sie die betreffende Tat für nicht strafwürdig betrachten, auch wenn das Gesetz anders entschieden hat. Das ist übrigens ein dankbares Verteidigungsthema bei Anklagen wegen Delikten, deren Strafbarkeit im Volk diskutiert wird, ich nenne als Beispiel die Abtreibung. Unerträglich ist aber der Gedanke, zumal in einer Demokratie, dass der Wille einer Mehrheit von Geschworenen dem im Gesetz ausgesprochenen Volkswillen vorgehen soll. Wird sogar eine qualifizierte Mehrheit für eine Verurteilung verlangt, wie z. B. im Bundesstrafprozess und einigen kantonalen Rechten, so kann eine Minderheit die Anwendung des Gesetzes verhindern. Und endlich war es bei der Fragestellung unseres Rechtes (Art. 427 ff. Strafverfahren 1854) unmöglich, die Rechtsfragen von den Tatfragen zu lösen, wie man sich die Sache ursprünglich wohl vorgestellt hatte; denn bei der Beantwortung der Hauptfrage: „Ist der Angeklagte schuldig, die und die strafbare Handlung begangen zu haben?“, wobei die strafbare Handlung in ihren Tatbestandsmerkmalen wiedergegeben wurde, war ja ohne weiteres über eine ganze Anzahl von Rechtsfragen (Schuld, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Versuch, Vollendung, Schuldausschliessungsgründe usw.) entschieden, so dass die Unterstellung des Tatbestandes unter die Artikel des Gesetzes zu einer reinen Formalität wurde. Hier trifft aber die Annahme, dass der Volksrichter, allein auf sich gestellt, diese Fragen so gut wie der Berufsrichter lösen könne, nicht mehr zu. Er bedarf vielmehr der Anleitung, die ihm nach einigen Gesetzgebungen in Form einer Rechtsbelehrung durch den Vorsitzenden in unverbindlicher Weise gegeben werden kann; das bernische Recht hat diese Rechtsbelehrung aber nicht aufgenommen und ihr Wert ist übrigens sehr problematisch, da die Geschworenen für derartige theoretische Erörterungen nicht immer empfänglich sind.

Oft wurde sie ihnen auch von den Parteien in einer Weise gegeben, die ihr Verständnis nicht erleichtern musste, so wenn z. B. Staatsanwaltschaft und Verteidigung sich in widersprechender Weise über den Begriff der Notwehr äussern. Es kam daher vor, dass die Geschworenen den eigentlichen Sinn der ihnen vorgelegten, oft sehr zahlreichen Fragen nicht verstanden, dagegen sich darum bekümmerten, welche Folgen die Beantwortung nach sich ziehen würde und damit in das Gebiet der Strafzumessung hinübergriffen. Jeder Verteidiger wusste, was er damit erreichen konnte, wenn er die Strafandrohung des Gesetzes im Falle der Bejahung oder Verneinung bestimmter Fragen bekannt gab, was ihm nicht verwehrt werden konnte. Dem Geschworenen soll daraus kein weiterer Vorwurf gemacht werden, es ist klar, dass er sich für das Strafmass interessiert, über das er eine Ansicht zu haben glaubt.[23]) So wird z. B. die Frage nach dem Wert der gestohlenen Sachen, die nach bernischem Strafrecht ausschlaggebend ist für die Frage, ob der Diebstahl mit Zuchthaus, Korrektionshaus oder Gefängnis bestraft werden soll (Art. 211 Strafgesetz) leichthin danach beantwortet, welche Strafe die Geschworenen im betreffenden Fall für angemessen erachten. Endlich bringt es der Umstand, dass für jeden Fall oder doch für jede Assisensession eine neue Geschworenenbank gebildet wird, mit sich, dass sich eine gleichmässige Gerichtspraxis nicht bilden kann, indem die gleiche Frage unter den persönlichen Eindrücken des Augenblickes bald so, bald anders beantwortet wird, was die Gefahr der Willkür und der rechtsungleichen Behandlung steigert.

Für diese hier in aller Kürze geschilderten Nachteile, ist nicht der einzelne Geschworene verantwortlich zu machen, sondern das im Gesetz vorgesehene System, das den Geschworenen eine Aufgabe zumutet, die über seine Kräfte geht.[24])

Das Problem der Verbesserung der Schwurgerichte ist kein bernisches, sondern ein universelles und wird überall, auch in den Ursprungsländern England und Frankreich diskutiert. Es würde aber zu weit führen, es hier bis in alle Einzelheiten zu verfolgen. Was die Schweiz anbelangt, seien folgende Daten genannt: 1883 wurde die Jury im Tessin abgeschafft, 1886 die Jury in korrektionellen Sachen in der Waadt, 1889 die Jury in der eidgenössischen Militärstrafgerichtsbarkeit, 1890 suchte Genf das Verfahren durch Vermehrung des Einflusses des Präsidenten, der bei der

Beratung der Geschworenen mit beratender Stimme anwesend ist, zu verbessern.[25])

Einen massgebenden Schritt, um die in den Geschworenen liegenden Fähigkeiten sachgemäss zur Geltung zu bringen, machte dann unser neues Strafverfahren vom 20. Mai 1928, in dem die acht Geschworenen mit den drei Berufsrichtern der Kriminalkammer des Obergerichtes zu einem einheitlichen Gerichtskollegium vereinigt wurden.

Dieses System weist eine Reihe nicht zu unterschätzender Vorteile auf: zunächst bleibt das politisch-demokratische Prinzip gewahrt, wonach dem Volke ein direkter Einfluss auf die Strafrechtspflege gewährt wird, nicht im althistorischen Sinn des Schutzes gegen Tyrannenmacht, sondern um in weiteren Kreisen des Volkes das Interesse für die Strafrechtspflege zu erhalten. Dass dieses Interesse hie und da den verwerflichen Beigeschmack der Freude an Sensation annehmen kann, ist die nicht erwünschte Kehrseite, hängt aber mehr vom Gegenstande des Strafprozesses ab als von der Organisation des Gerichts. Es erhalten auf diese Weise weitere Kreise als die Angehörigen des Richterstandes einen unmittelbaren Einblick in die Kriminalität des Landes und die Verhältnisse, aus denen sie entsteht. Die Beratungen bei Anlass der Strafprozessrevision haben denn auch gezeigt, dass eine einfache Abschaffung der Geschworenengerichte und damit die Ausschaltung des Volksrichtertums aus der Kriminaljustiz nicht gewünscht wird. Das alte Prinzip der Beurteilung durch seinesgleichen, durch Standesgenossen, findet hier noch einen gewissen Anklang in unserer, auf der Gleichheit der Bürger aufgebauten Gesellschaft.

Sodann kann der Volksrichter auch bei diesem System seine natürlichen Fähigkeiten bei Anlass der Beweiswürdigung in freier Weise zur Geltung bringen. Er bringt dem Fall „seine frische Auffassung“[27]) entgegen, da er noch nicht durch die länger dauernde Beschäftigung mit ähnlichen oder unähnlichen Fällen ermüdet ist, daher sein reges Interesse, das ihn allerdings auch wiederum zu einer Ueberschätzung des besonderen Falles führen kann. Er stammt vielleicht aus den gleichen Volkskreisen wie der Angeklagte, er kennt die Verhältnisse, in denen letzterer gelebt und gehandelt hat, die Stärke der Versuchung, die Bedeu-

tung der äusseren Anlässe wie der subjektiven Gelüste und Bedürfnisse, die bestimmend wirkten; man denke z. B. an den Fall, in welchem ein Geschworener aus bäuerlichen Kreisen eine Anklage wegen Misshandlung zu beurteilen hat, die auf einen Wirtshausstreit an einem Tanzsonntag zurückzuführen ist. Dass sich dieser Einfluss des Einzelnen nicht allzu einseitig geltend macht, soll die Zahl der Geschworenen vermeiden, die das neue Gesetz auf acht angesetzt hat; auch die im neuen Gesetz anders gehaltenen Ablehnungsbestimmungen (Art. 278 ff. StrV 1928) wollen der Gefahr allzu einseitiger Besetzung der Geschworenengerichte entgegenwirken.

Andererseits hat man dem Geschworenen die Verantwortlichkeit für die Entscheidung schwieriger Rechtsfragen in der Hauptsache abgenommen, die nach dem früheren System gerade bei den fähigeren und gebildeten Geschworenen unter Umständen recht drükkend und quälend sein konnte. Die gemeinsame Beratung mit den Richtern gibt ihnen hier Gelegenheit zur Bildung einer festen Ansicht, ohne sich dabei blossstellen oder ihre Unwissenheit in einer für sie unangenehmen Weise kundgeben zu müssen.

Und endlich interessiert den Volksrichter der ganze Fall viel mehr, weil er ihn auch ganz zu beurteilen hat und man ihm nicht gerade das entzieht, was ihn am meisten interessiert, nämlich die Verfügung über das weitere Schicksal des schuldigen Angeklagten, die Bestimmung der Strafe nach Art und Mass. Wird hierbei durch die Mitberatung der Berufsrichter verhindert, dass die im Gesetze aufgestellten Grenzen, maxima und minima, verletzt werden, so ist doch die Freiheit des Richters namentlich in den neueren Strafgesetzen eine sehr weitgehende, da oft verschiedene Strafarten alternativ angedroht sind, mit sehr weitem Strafrahmen,[28]) oder fakultativ Nebenstrafen, deren Verhängung für den Angeklagten oft unangenehmer ist als die Strafe selbst, wie z. B. die Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit oder das Wirtshausverbot. Auch die Gewährung oder Nichtgewährung des bedingten Straferlasses nach dem Gesetz vom 3. November 1907 kann hier eine Rolle spielen, da sie von einer Würdigung der gesamten Persönlichkeit des Verurteilten abhängig gemacht wird. Gerade bei diesen Fragen wird der Geschworene um so lieber mitsprechen, als ihm die menschliche Seite des Falles näher liegt. Da ihm dieser direkte Einfluss früher versagt war, suchte

er ihn, wie bereits erwähnt, in einer Weise auszuüben, die nicht immer korrekt oder gesetzmässig war. Auch hier muss der Berufsrichter auf Grund seiner Kenntnis der bestehenden Gerichtspraxis eingreifen, um eine allzu weitgehende Individualisierung zu vermeiden und den Zusammenhang mit frühern ähnlichen Fällen nicht ganz zu verlieren. Das ist umso wichtiger, als ja ein Strafurteil nicht bloss für den Angeklagten selbst Bedeutung hat, sondern für das ganze Land und seine Bewohner. Eine ungerechtfertigte Freisprechung oder ein auffallend mildes Strafurteil können schlimme Erscheinungen im Volksleben nach sich ziehen und als Anregung zur Gesetzesverletzung wirken. Umgekehrt kann eine allzu grosse Strenge in weiten Kreisen abstossend empfunden werden. Bei aller Individualisierung, wie sie der modernen Strafrechtspflege eigen ist, darf die generelle Idee der kontinuierlichen Verbrechensbekämpfung nicht ausser acht gelassen werden, als deren Hüter naturgemäss der Berufsrichter erscheint.

Wenn man zum Schluss die verschiedenen Vor- und Nachteile der Volksrichter und der Berufsrichter einander gegenüberstellt, so wird man sehen, dass sie sich gegenseitig teilweise aufheben: der Berufsrichter ergänzt die fehlende Rechtskenntnis des Volksrichters, der letztere vermittelt dem Gesamtgericht möglicherweise ein vollständigeres Bild des Vorfalls, er betrachtet ihn als allein zu beachtende Erscheinung, während die Erfahrung des Berufsrichters ihn in den Zusammenhang der kriminellen Erscheinungen überhaupt stellt. Lohnt es sich da nicht, den Versuch zu machen, beide Elemente in gleicher Rechtsstellung innerhalb des gleichen Gerichtskollegiums zu vereinigen? Ich glaube, diese Frage bejahen zu können. Die spätere Zeit wird über die praktischen Resultate dieser Anschauung urteilen können. Ein Moment ist dabei zu erwähnen: aus der früheren Zeit der Selbständigkeit der Jury ist die grosse zahlenmässige Ueberlegenheit der Volksrichter ins moderne Geschworenengericht herübergenommen worden, acht Geschworene stehen den drei Berufsrichtern gegenüber.[29]) Durch häufigere Heranziehung des einzelnen Geschworenen zu seinen Funktionen könnte seine Brauchbarkeit noch gehoben werden, dieses Resultat wäre aber nur durch eine bedeutende Reduktion der Urlisten zu erreichen und könnte unter Umständen infolge der stärkeren Belastung des Einzelnen zur Folge haben, dass die besseren und tüchtigeren Personen sich diesem

zeitraubenden Justizdienst zu entziehen suchen würden, so dass der Vorteil wieder verschwinden würde.

Das Gesetz allein kann hier nicht alles erreichen. Vieles hängt von der Einzelpersönlichkeit des Richters ab. Die wichtigsten Eigenschaften sind nicht Gemeingut einer bestimmten Richterkategorie: Das natürliche Rechtsgefühl, die Liebe zur Gerechtigkeit, die Selbständigkeit des Denkens, verbunden mit dem Bewusstsein der eigenen Unzulänglichkeit in der Beurteilung gewisser Fragen, die Fähigkeit, sich belehren zu lassen und unrichtige Auffassungen zu verbessern, Unbestechlichkeit, die Erkenntnis, dass die Rechtsprechung eine Aufgabe der Gerechtigkeit und nicht der Politik ist, sind für alle Richter in gleicher Weise notwendig und bilden wertvolle unentbehrliche Garantien für die Erreichung des mit der Justizpflege auf allen Gebieten (Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechtspflege) verfolgten Zieles.

Und trotz aller dieser von der Person des Richters geforderten Eigenschaften tritt die Person des Richters in der Oeffentlichkeit immer in den Hintergrund. Man zitiert nicht die Urteile einer bestimmten Richterperson, sondern eines Gerichtes. Man diskutiert über die Praxis eines Gerichtes, nicht über die Ansicht der einzelnen Gerichtsmitglieder. In dieser Anonymität liegt ein Teil der Grösse des Richteramtes. Der Rechtsgelehrte wird berühmt durch seine wissenschaftlichen Leistungen, der weise Gesetzgeber sichert sich die Dankbarkeit auch späterer Generationen, der glänzende Advokat wird bekannt und vermehrt in gewinnbringender Weise seine Tätigkeit. Der Richter, in seine Anonymität gehüllt, muss sich begnügen mit dem Gefühl, seine Pflicht erfüllt zu haben. Mehr wird ihm in den wenigsten Fällen zuteil. Aber gibt es überhaupt ein Mehr und hat er nicht den schönsten und wichtigsten aller juristischen Berufe ausgeübt?

Anmerkungen

[1]) Promulgationsverordnung vom 23. Christmonat 1824.

[2]) Schon im Uebergangsgesetz vom 6. Juli 1831 wurde die Vereinfachung des Zivilprozessgesetzes als wünschbar bezeichnet. Vergleiche auch die Botschaft des Grossen Rathes des Kantons Bern vom 2. April 1883 zur Gesetzesvorlage betreffend Vereinfachung und Abkürzung des Civilprozessverfahrens.

[3]) Die Verbesserung der Kriminalrechtspflege wurde in dem vom Verfassungsrath der Republik Bern erlassenen sogenannten Uebergangsgesetz vom 6. Juli 1831 als ein Punkt bezeichnet, auf den der neue Grosse Rat „sein Augenmerk richten solle".

[4]) Bericht an den Grossen Rath der Stadt und Republik Bern über die Staatsverwaltung 1814 bis 1830, S. 178.

[5]) Vgl. Pfotenhauer, Zeitschrift für vaterländisches Recht, Bd. 14, 1855, S. 1 u. ff., C. Stooss, Vorrede zur Textausgabe des bernischen Strafgesetzes, 2. Auflage.

[6]) Ueber die Vorgeschichte der bernischen Verwaltungsrechtspflege, siehe Blumenstein in Z. B. J. V. 37, 353 ff, derselbe in Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen 6, 289 ff. und dortige Zitate.

[7]) Esprit des lois, undatierte Genfer Ausgabe bei Barrilot & fils, S. 121.

[8]) Homberger, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, S. 15.

[9]) Siehe z. B. im Zivilprozess von Schnell 1821: Satzung 227, und im Strafverfahren 1850, Art. 351.

[10]) Birkmeyer, Deutsches Strafprozessrecht 1898, S. 217.

[11]) Vgl. z. B. den angemessenen Ersatz bei Verlöbnisbruch (92 ZGB).

[12]) Art. 4 ZGB, 42, 50, 52, 100, 163, 202, 205 u. a. OR. Siehe hierüber Guhl, das schweizerische Obligationenrecht, S. 49.

[13]) Entwürfe einer Gerichtsorganisation und eines Zivilprozessgesetzes von Oberrichter Moser, 1877—1879; Kommissionsbericht von Dr. Carl Stooss 1881.

[14]) Die in der Verfassung von 1831 auf 6 Jahre angesetzte Amtsdauer ist schon 1846 auf 4 Jahre herabgesetzt und seither nicht verändert worden.

[15]) Art. 99 der Gerichtsorganisation vom 31. Januar 1909.

[16]) Art. 65 u. ff. der Gerichtsorganisation, §§ 68 ff. des Dekretes vom 30. November 1911, Dekrete vom 28. November 1919 und vom 14. September 1926.

17) Tagblatt des Grossen Rathes des Kantons Bern 1858, S. 240.

18) Eine korrektionelle Jury kennen Genf und Neuenburg, während Waadt sie 1886 abgeschafft hat.

19) Ich erwähne hier vor allem das Sammelwerk „Schwurgerichte und Schöffengerichte", herausgegeben von Mittermaier & Liepmann, Heidelberg, Carl Winters Universitätsbuchhandlung 1906—1910.

20) Art. 12 u. ff. der Gerichtsorganisation 1847, Art. 22 ff. der Gerichtsorganisation 1909.

21) Abgesehen ist hier von der ganz einseitigen Ordnung des Art. 442, die nur für den Fall der Schuldigerklärung des Angeklagten anwendbar war und ausserdem Einstimmigkeit im Richterkollegium voraussetzte.

22) Gerichtssaal, Band 72, S. 388 ff.

23) Hierüber spricht ausführlich Favey in seinem Referat am Schweizerischen Juristentag 1881.

24) Sehr interessant hierüber in psychologischer Beziehung: Görres, der Wahrspruch der Geschworenen und seine psychologischen Grundlagen, in den juristisch-psychiatrischen Grenzfragen, 1. Band, Heft 2 und 3, S. 75.

25) Jetzt Art. 208 nach dem Gesetz vom 10. Februar 1904: „... Le président assiste à la délibération du jury concernant la culpabilité. Il fournit les renseignements qui peuvent lui être demandés."

26) Denselben Schritt tat das deutsche Reich im Jahre 1924 in § 81 GV: „Das Schwurgericht besteht aus drei Richtern mit Einschluss des Vorsitzenden und sechs Geschworenen." § 82: „Die Richter und Geschworenen entscheiden über die Schuld- und Straffrage gemeinschaftlich usw." Für den Kanton Bern wurde dieses System schon im Vorentwurf einer Strafprozessordnung 1908 aufgestellt (Art. 265 und 290); s. auch Thormann, Die Revision des Strafverfahrens des Kantons Bern, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1907, 20. Bd., S. 92 .

27) Siehe Birkmeyer, a. a. O., S. 217, Der Ausdruck wird auch sonst in der Literatur öfters verwendet. Leuenberger spricht in seinem Votum am schweizerischen Juristentag 1881 von einer „gewissen Frische und ungezwungenen Auffassung", die den Geschworenen auszeichnen. Ebenso braucht in den gleichen Verhandlungen Hornung (Genf) den Ausdruck: „Le jury a des impressions fraiches et neuves et ainsi il voit mieux."

28) Vgl. z. B. die Strafandrohungen des bernischen Strafgesetzes bei Diebstahl. Art. 209 ff. Str. G.

29) In Deutschland bestehen seit 1924 die Schwurgerichte aus 6 Geschworenen und 3 Berufsrichtern.

30) Birkmeyer, a. a. O., S. 215.